LA ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL [1]

Por el doctor Hans KELSEN

a) *La naturaleza jurídica del Derecho internacional*

De acuerdo con la definición tradicional, el Derecho internacional es un conjunto de normas que regulan el comportamiento mutuo de los Estados, sujetos específicos del Derecho internacional. Más adelante discutiremos lo que quiere decir que los sujetos del Derecho internacional son los Estados y si es acertado que únicamente los Estados son sujetos del Derecho internacional. Sobre este punto contestaremos la pregunta sobre si el Derecho internacional es "Derecho" en el mismo sentido que el Derecho nacional y, por tanto, un posible objeto de la jurisprudencia, en tanto ciencia del Derecho.

De acuerdo con el concepto de Derecho aceptado aquí el así llamado Derecho internacional es "Derecho", si es un orden coercitivo, es decir, un conjunto de normas que regulan el comportamiento humano vinculando como consecuencia, ciertos actos coercitivos (sanciones), a ciertos hechos, delitos, determinados por este orden como condiciones y si, por tanto, puede ser descrito en enunciados que, a diferencia de las normas jurídicas, pueden ser llamados "proposiciones jurídicas".

Más adelante se demostrará que el Derecho internacional regula el comportamiento de los seres humanos, aún cuando regule el comportamiento de los Estados. Por el momento queremos contestar la pregunta de si el Derecho internacional regula el comportamiento de los Estados de tal manera que reaccione contra cierto comportamiento delictivo imponiendo una sanción como consecuencia del delito. La pregunta decisiva es por lo tanto: ¿Estatuye el Derecho internacional actos coercitivos como sanciones?

[1] La traducción al español fue hecha por la doctora Yolanda Frías, profesora de Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la UNAM., del libro, *The relevance of international Law.* Editado por Karl Deutsch y Stanley Hoffman. Anchor Books, Nueva York, 1971. En la traducción se tuvo a la vista el texto en alemán de acuerdo con el cual se hicieron algunas variaciones menores para la versión en español. La "Revista de la Facultad de Derecho México" agradece a los editores Deutsch y Hoffman, y a Schenkeman Publising Co. la autorización amablemente conferida para la publicación de este ensayo del insigne profesor autor de la Teoría Pura del Derecho.

Las sanciones específicas del Derecho internacional son las represalias y la guerra. Es fácil demostrar que esta suposición es correcta con respecto a las represalias, porque es un principio de Derecho internacional general el que un Estado que considera alguno de sus intereses violados por otro Estado, está autorizado a recurrir a las reprasalias contra el Estado responsable de la violación. Una "represalia" es una interferencia en la esfera de los intereses de un Estado, que en otras circunstancias estaría normalmente prohibida por el Derecho internacional y que tiene lugar sin la voluntad del Estado en cuestión y es, en este sentido, un acto citivo tiene el carácter de una represalia únicamente mientras la acción de las armas) cuando el Estado afectado no resiste. Sin embargo, la aplicación de la fuerza física no está excluida. Las represalias pueden ser ejecutadas por la fuerza de las armas si es necesario. Pero este acto coercitivo tiene el carácter de una represalia únicamente mientras la acción de la fuerza armada no haya asumido —por su intensidad y magnitud— el carácter de guerra.

La diferencia entre la represalia armada y la guerra es solamente cuantitativa. Una represalia está limitada a la violación de ciertos intereses, pero la guerra es una interferencia ilimitada en la esfera de los intereses de otro Estado. Por "guerra" se entiende aquí una acción armada de un Estado contra otro, aún si no hay una reacción similar, es decir, si no hay contraguerra.[2]

Dado que las represalias son admitidas únicamente como reacción contra la violación de ciertos intereses de un Estado por otro, ellas tienen el carácter de sanciones y la violación de intereses que condicionan las represalias tiene el carácter de una violación de Derecho internacional, es decir, el carácter de un delito internacional. En este sentido el Derecho internacional protege algunos —no todos los posibles— intereses de los Estados sujetos a él. Los intereses de un Estado protegido por el Derecho internacional general son precisamente aquellos contra cuya violación el Estado es autorizado por el Derecho internacional para usar las represalias. La interferencia limitada en la esfera de los intereses de otro Estado es, por sí misma, un delito internacional si ella no es una reacción contra una violación del Derecho (es decir, si no es una represalia). La interferencia es entonces o una sanción o un delito.

¿Se aplica también esto a la interferencia ilimitada en la esfera de los intereses de otro Estado llamada "guerra"? Al respecto se mantienen dos posiciones opuestas. La primera sostiene que, de acuerdo con el Derecho internacional general la guerra no es ni delito ni sanción. Todo Estado puede ir a la guerra por cualquier razón, sin violar el Derecho internacional. La segunda sostiene que la guerra, aún de acuerdo con el

[2] Consultar mis *Principles of international Law,* New York. 1952, pp. 25-59. (Hay traducción española: Principios de Derecho internacional público. Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, Argentina. 1965. p. 22.

Derecho internacional general, es permisible únicamente como reacción contra una violación del Derecho internacional. La guerra, como las represalias, es por sí misma un delito, a menos que sea una sanción. Este es el llamado principio de *bellum iustum*.

La opinión de que este principio es parte del Derecho internacional positivo estaba ya en las bases de los tratados de paz que concluyeron la Primera Guerra Mundial, y de los cuales el Pacto de la Liga de las Naciones era una parte. Desde entonces, sin embargo, este principio ha llegado a ser inequívocamente el contenido de dos importantes tratados: El Pacto Briand-Kellog y la Carta de las Naciones Unidas. El primero ha sido suscrito prácticamente por todas las naciones y, el último, reclama al respecto, validez para todos los Estados del mundo.

En vista de estos hechos es difícilmente posible seguir sosteniendo hoy en día que, de acuerdo con el Derecho internacional válido, cualquier Estado, a menos que se haya obligado él mismo contractualmente de otra forma, pueda hacer la guerra en contra de otro Estado por cualquier razón sin violar el Derecho internacional. Es difícilmente posible, en otras palabras, negar la validez general del principio *bellum iustum*. La presunción de que tanto la guerra como las represalias son una sanción del Derecho internacional está, entonces, bien fundada.

Estas sanciones, como las sanciones del Derecho interno, consisten en la privación forzosa de la vida, la libertad y otros bienes, particularmente valores económicos. En una guerra los seres humanos son asesinados, mutilados, apresados y la propiedad privada o nacional es destruida; por vía de represalias la propiedad privada o nacional es confiscada y otros derechos son infringidos. Estas sanciones del Derecho internacional no son diferentes en contenido de aquellas del Derecho nacional. Pero ellas son "dirigidas contra el Estado", como se acostumbra decir. Si la guerra y las represalias tiene el carácter de sanciones y si estas sanciones son descritas como estando dirigidas contra el Estado, aunque ellas sean directamente dirigidas contra los individuos, es decir, si el sufrimiento de las sanciones es atribuido al Estado, entonces esta atribución expresa la idea de que los individuos que sufren las sanciones "pertenecen" al Estado, esto es, que están sujetos al orden jurídico cuya personificación es el Estado como sujeto de Derecho internacional, y como tal, el sujeto del delito internacional que es condición de la sanción.

b) *El Derecho internacional como un orden jurídico primitivo*

El Derecho internacional, como un orden coercitivo, muestra el mismo carácter que el Derecho estatal, sin embargo, difiere de él y muestra una cierta similitud con el Derecho primitivo ya que el Derecho internacional (como un Derecho general que obliga a todos los Estados) no establece órganos especiales para la creación y aplicación de sus normas.

Se encuentra aun en un estado de amplia descentralización. Está sólo al principio de un desarrollo que el Derecho nacional ya ha completado. Las normas generales son creadas por costumbre o por tratados, es decir, por los mismos miembros de la comunidad y no por un órgano legislativo especial. Y lo mismo puede decirse de la aplicación de las normas generales al caso concreto. Es el Estado mismo, creyendo que sus derechos han sido violados, el que tiene que decidir si existe el hecho de un delito por el que otro Estado sea responsable. Y si este otro Estado niega el pretendido delito y ningún arreglo puede ser alcanzado entre las dos partes comprometidas, no existe ninguna autoridad competente para decidir el conflicto en un proceso legalmente regulado. Y es por tanto el Estado cuyos derechos han sido violados, el que está autorizado para responder en contra del infractor con represalias o guerra como actos coercitivos previstos por el Derecho internacional. La técnica de la auto-ayuda, característica del Derecho primitivo, persiste.

c) *La jerarquía del Derecho internacional*

El Derecho internacional se compone de normas que originalmente fueron creadas por la costumbre, es decir, por actos de los Estados o, más correctamente formulado, por los órganos del Estado autorizado por los ordenamientos jurídicos nacionales para regular las relaciones entre los Estados. Estas son las normas del Derecho internacional "general", porque ellas crean obligaciones o derechos para todos los Estados. Entre esas normas es de particular importancia aquella conocida comúnmente como el principio *pacta sunt servanda*. Ella autoriza a los sujetos de la comunidad internacional a regular por tratados su comportamiento mutuo, esto es, el comportamiento de sus propios órganos, y sujetos en relación con los órganos y sujetos de otros Estados. Por el consentimiento de los órganos autorizados de dos o más Estados, se crean normas para imponer obligaciones y conferir derechos a los Estados contratantes. El Derecho internacional contractual válido actualmente, aparte de algunas excepciones, no tiene carácter general sino únicamente particular. Sus normas no son válidas para todos los Estados sino sólo para dos, o para un grupo mayor de Estados, los cuales constituyen solamente comunidades parciales. Es de hacerse notar que el Derecho internacional particular creado por tratados y el Derecho internacional general consuetudinario no son considerados como normas en el mismo nivel. Puesto que en la base de uno de los grupos de normas está una norma que es parte del otro grupo, las dos tienen una relación de un más alto y un más bajo nivel jerárquico. Y si consideramos también las normas jurídicas creadas por tribunales internacionales y por otros órganos internacionales establecidos por tratados, entonces aparece un tercer nivel en la estructura del Derecho internacional descansa en un tratado internacional, es decir, en una norma del segundo nivel del Derecho internacional. En vista de que este segundo

nivel, esto es, el Derecho internacional creado por tratados internacionales, descansa sobre una norma consuetudinaria de Derecho internacional general (el más alto nivel), la supuesta norma básica del Derecho internacional general deberá ser una norma que establezca que la costumbre constituida por el mutuo comportamiento de los Estados es un hecho creador de Derecho.[3]

d) *Derechos y obligaciones indirectos del Derecho internacional*

El Derecho internacional obliga y autoriza a los Estados, los obliga a un determinado comportamiento vinculando "sanciones" (represalias o guerra) a la conducta contraria. En este sentido el Derecho internacional prohibe este comportamiento como un delito y prescribe su opuesto. La vinculación de los delitos a las sanciones no se realiza de manera que sólo ciertos delitos tengan como consecuencia a una clase de sanciones y otros delitos a la otra clase de sanciones, sino que el Estado cuyos derechos han sido infringidos puede escoger entre los dos. Además, de acuerdo con el Derecho internacional general, el Estado perjudicado no está obligado, sino únicamente autorizado, a responder con una sanción en contra de la violación de su derecho. El derecho de un Estado, que es el reflejo de la obligación del otro Estado, está equipado con la autorización de ejecutar las sanciones establecidas por el Derecho internacional en contra del Estado que viola su obligación. Esto constituye el derecho subjetivo (en el sentido técnico específico) del Estado afectado.

Este derecho difiere del derecho subjetivo en el Derecho privado, en que las sanciones no necesitan ser ordenadas por la decisión de un tribunal y no necesitan ser ejecutadas por un órgano especial. Por lo tanto el Estado perjudicado no tiene un poder jurídico para instituir un procedimiento judicial dirigido hacia la sanción, sino que tiene el poder jurídico para decidir por sí mismo que en el presente caso ha de dirigirse una sanción contra el Estado que violó un deber frente a él y también a ejecutar por sí mismo la sanción.

Esto no significa —como a veces se ha pretendido— que el Derecho internacional no obligue ni autorice a los individuos. Puesto que todo Derecho es esencialmente regulación del comportamiento humano, tanto una obligación jurídica como un derecho subjetivo no pueden tener otro contenido que el comportamiento humano y éste no puede ser otra cosa que el comportamiento de los seres humanos individuales. Que el Derecho internacional obligue y autorice a los Estados, meramente significa esto: él no obliga y y autoriza a los individuos directamente, como lo hace el Derecho nacional, sino sólo indirectamente, a través del medio del orden jurídico nacional (cuya personificación es "el Estado"). La obligación y autorización del Esta-

[3] Por lo que se refiere a la norma básica, véase mi *Reine Rechtslehre,* 2a. ed., Viena, 1960, pp. 106 ss.

do por el Derecho internacional tiene el mismo carácter que la obligación y la autorización de una corporación, en tanto persona jurídica, por el orden jurídico nacional. El Estado es una persona jurídica y las normas del Derecho internacional, por las cuales los Estados como tales son obligados o autorizados, son normas incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material —y no el elemento personal del comportamiento humano —que constituye necesariamente su contenido. Ellas determinan únicamente lo que debe hacerse o lo que debe omitirse, pero no quien (que ser humano) tiene que llevar a cabo la acción u omisión prescrita. La identificación de este individuo es dejada por el Derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional El comportamiento de este individuo, ordenado o prohibido por el Derecho internacional, y que representa el cumplimiento o la violación del deber se atribuye al Estado, es decir, es referida a la unidad del orden jurídico nacional como una función que ha de ser realizada por el individuo que actúa como órgano especial del Estado. Lo mismo puede decirse del comportamiento que consiste en el ejercicio de un derecho y la autorización para responder con represalias o guerra contra la violación de la obligación cuyo reflejo es el Derecho. No hay dificultad en atribuir al Estado un comportamiento prohibido por el Derecho internacional, esto es, suponer que un Estado puede cometer un delito internacional. El ordenamiento jurídico nacional puede muy bien autorizar y aún obligar a un órgano del Estado a un comportamiento al cual el Derecho internacional atribuye una sanción, y el que, por lo tanto, tiene el carácter de un delito internacional.

Como se ha dicho, la proposición de que las represalias y la guerra son sanciones del Derecho internacional dirigidas contra el Estado, significa que el sufrimiento del mal constituido por estas sanciones, que de hecho es padecido por los individuos pertenecientes al Estado, es atribuido a "la persona del Estado". La situación puede ser descrita, sin embargo, de manera más realista sin la ayuda de estas atribuciones ficticias. En la medida en que los delitos internacionales, que son las condiciones para las sanciones, son cometidos por individuos que fungen como el gobierno de sus Estados y considerando que las sanciones no son dirigidas contra ellos, sino contra otros seres humanos, el significado de la proposición de que las sanciones son dirigidas "contra el Estado" puede ser interpretada diciendo: las sanciones estipuladas por el Derecho internacional (guerra y represalias) constituyen responsabilidad colectiva de los miembros del Estado por los delitos internacionales cometidos por el gobierno.[4]

[4] Tal atribución es particularmente característica en la guerra civil. Los rebeldes, al conducir sus acciones bélicas, no dicen que estas acciones sean dirigidas contra el Estado, sino únicamente contra el presente gobierno, esto es, ellos no atribuyen al Estado el sufrimiento del daño que su acción infringe a los seres humanos. Pero el gobierno contra el cual, de acuerdo con los rebeldes, es dirigida la acción

Esta responsabilidad colectiva es absoluta o responsabilidad sin culpa, porque el comportamiento que constituye el delito internacional no es el comportamiento de los individuos contra quienes la sanción va dirigida y, por lo tanto, la violación de intereses creada por el hecho ilícito no ha sido ni intencional, ni negligentemente provocada por estos individuos.

Esta responsabilidad colectiva constituye también una semejanza entre el Derecho internacional general y el Derecho de una comunidad primitiva.

De acuerdo con el Derecho internacional general, los actos de guerra, deberán ser dirigidos únicamente contra miembros de la fuerza armada que es un órgano del Estado. La atribución de su padecimiento al Estado, puede por tanto expresar también la idea de que los actos de guerra son dirigidos contra los órganos del Estado. Pero no está excluido que, en efecto, los actos de guerra afecten a individuos que no son miembros de la fuerza armada, lo cual en la presente etapa de la técnica bélica no puede evitarse.

El significado legal de la peculiaridad del Derecho internacional, de acuerdo con el cual "sólo los Estados están obligados y autorizados" y, en consecuencia "sólo los Estados son sujetos de Derecho internacional", está completamente expresado en la proposición: el Derecho internacional delega a los órdenes jurídicos nacionales la tarea de identificar a los individuos cuyo comportamiento cumple o viola las obligaciones establecidas por él, así como a los individuos que ejercitan los derechos otorgados por ese orden jurídico. Esta proposición no expresa sino la obligación y la autorización indirecta del individuo por el Derecho internacional.

Esta obligación y autorización indirecta de los individuos por el Derecho internacional, sin embargo, es una regla que tiene algunas excepciones importantes tanto en el Derecho internacional general como en el particular. Hay casos en que una norma de Derecho internacional directamente obliga a un individuo, casos en los que el Derecho internacional no únicamente determina lo que debe ser hecho u omitido, sino también cual ser humano debe comportarse en tal sentido. En estos casos los individuos aparecen directamente como sujetos de Derecho internacional.

El que los individuos están directamente obligados por el Derecho internacional, no sucede por el hecho de que la aplicación de las sanciones específicas de ese Derecho: represalias o guerra, se vincule al comportamiento de tales individuos. Las obligaciones directamente impuestas sobre los individuos son constituidas por sanciones que son características del Derecho nacional, o sea castigos y ejecuciones civiles. El Derecho internacional puede dejar la determinación y ejecución de estas sanciones

revolucionaria, y el que, mientras está en control, constituye el gobierno legítimo, representado al Estado, calificará esta acción, de acuerdo con el uso de muchos códigos penales, como "hostil al Estado", por lo tanto, dirigida contra el Estado.

al orden jurídico interno, como en el caso del delito internacional de piratería. Pero también las sanciones pueden ser determinadas por un tratado internacional y, su aplicación a casos concretos puede ser encargada a un tribunal internacional creado por un tratado internacional, como pasó, por ejemplo, en el caso del procedimiento de criminales de guerra de acuerdo con la Convención de Londres del 8 de agosto de 1945.

En la medida que el Derecho internacional penetra en áreas que han sido hasta ahora del dominio exclusivo de los órdenes jurídicos nacionales, aumenta su tendencia a obligar o autorizar directamente a los individuos. En la misma medida, la responsabilidad colectiva y absoluta es reemplazada por la responsabilidad individual y por la responsabilidad basada en la culpa.

Este desarrollo es acompañado paralelamente por el establecimiento de órganos centrales para la creación y ejecución de normas jurídicas, un desarrollo que hasta ahora es observado únicamente en comunidades internacionales particulares. Esta centralización se aplica, en primer lugar, a la jurisdicción y tiene como objetivo la formación de tribunales internacionales. En este aspecto la evolución del Derecho internacional es similar a la evolución del Derecho nacional, en el cual la centralización comienza también con el establecimiento de tribunales.